

学校编码：10384

分类号：_____密级_____

学 号：X200008047

UDC _____

学 位 论 文

诉讼证明责任制度研究

王 志 宇

指导教师姓名：齐树洁 教授

申请学位级别：硕 士

专 业 名 称：法律硕士专业

论文提交日期：2003 年 10 月

论文答辩日期：2003 年 月

学位授予单位：厦 门 大 学

学位授予日期：2003 年 月

答辩委员会主席：_____

评 阅 人：_____

2003 年 10 月

厦门大学博硕士论文摘要库

内 容 摘 要

程序公正是实体正义之母。没有公正的程序，所谓的实体正义就没有任何人会愿意相信。诉讼程序的所有工作都是围绕着证据开展的，而证据制度的核心就是证明责任制度。法谚所谓“证明责任乃诉讼的脊梁”，形象地表明了证明责任在诉讼中的重要地位。诉讼证明责任制度对法官而言，是一种克服真伪不明的裁判方法；对诉讼当事人而言，是一种诉讼风险的分配规则。其中，证明责任分配问题是诉讼中的证明责任裁判问题向实体法领域的必然延伸，使得证明责任制度成为兼跨实体、诉讼两大法律领域的一项法律制度。也许正是由于证明责任制度的这种跨越性，使得无论是从事实体法还是诉讼法研究的学者都限于各自学科的研究范围而不同程度地忽视了对它的研究。然而，理论上的回避并不能解决实践中的问题。对司法中因“事实不清、证据不足”所带来的种种困惑，我们是无从回避，也不能回避的。因此，研究证明责任制度是十分必要的。本文以诉讼法的证明理论为主，采用了历史分析、比较法分析等科学研究方法，拟从诉讼证明责任概念、裁判机理、分配制度等方面，对诉讼证明责任制度进行了比较系统、深入的研究，并在此基础上，就完善我国诉讼证明责任制度提出实施建议。

论文除引言和结语外，由五章组成。

第一章就证明责任概念做了较详细的阐述。证明责任概念由于其所特有的抽象性，一直以来成为一般人理解证明责任制度的一个不小的障碍。作者采用历史分析及比较法的研究方法，将证明责任概念细分为几组含义相近的概念，如主观证明责任与客观证明责任、抽象证明责任与具体证明责任、本证证明责任与反证证明责任等，从而讲清证明责任概念的内涵，认为证明责任概念的本质是客观证明责任，它独立于具体的诉讼活动而存在，它的分配依据是实体法律规范，属于一种预置的静态的法律分配，不会在诉讼中发生转移。之后，提

出与证明责任关系密切的一些相关概念如主张责任、证明对象、证明标准、证明评价、法律推定等加以研究，从而进一步明确了证明责任概念的外延。

第二章主要探讨证明责任裁判的有关问题。作者认为，证明责任规范常常为人所不解，并被严重忽略了。当诉讼中出现“真伪不明”时，法官应当适用证明责任规范进行裁判。证明责任规范之所以能够成为解决真伪不明问题的根本方法，在于它确立了一种能够统一适用的法律方法——将“任意”一个真伪不明的要件事实“一律”虚拟为对证明责任承担者不利的存在或不存在。证明责任规范属于裁判规范，其价值在于当要件事实处于真伪不明时，能够引导法官正确地作出案件裁判。证明责任裁判的实质就是对真伪不明的要件事实进行拟制，而拟制的依据就是证明责任的分配。

第三章主要阐述了证明责任分配的有关问题。作者认为，所谓证明责任分配问题，指的就是当要件事实产生真伪不明时，法官应当将诉讼上不利益的风险分配给哪一方当事人的问题。证明责任分配有没有统一的标准？作者分析了大陆法系与英美法系证明责任分配的主要理论观点，并对两大法系的分配机制进行一定程度的比较分析，认为大陆法系证明责任理论是从法律要件的特点出发，试图找到一种能够统一适用的证明责任分配规则，它虽然有利于维护法的稳定性和可预测性，但是有可能导致个案中的不公平；而英美法系的理论否认存在形式上一致的证明责任分配规则，它更重视分配标准的实质化和个案的公正，却使得证明责任规范失去了预先的指导作用。

第四章着重探讨了我国诉讼证明责任制度的现状及存在的有关问题。作者认为，我国现行刑事、民事、行政诉讼中对于事实不清、证据不足的案件均允许法院按照证明责任规范裁判。在证明责任分配方面，刑事诉讼与行政诉讼基本类似，都可以按照诉讼当事人的身份进行分配。其中，刑事诉讼的分配原则是“遇有疑义时有利于被告人”；而行政诉讼中证明责任分配的基本规则是被告对行政行为的合法性、适当性承担证明责任，原告对损害其利益的行政行为的存在承担证明责任。我国现行民事诉讼中的证明责任分配的基本规则不再是简

单的“谁主张，谁举证”，而是必须按照法律及司法解释的具体规定进行确定，无法确定时按照实质性的分配原则由法院确定。我国现行诉讼证明责任制度存在的问题主要一是法院依证明责任规范裁判的案件既判力不足，影响了证明责任裁判功能的发挥；二是刑事诉讼为引入当事人主义机制而赋予检察机关以相当的证明责任时，忽略了检察机关既有的证明能力，导致证明责任的制度安排落空。

第五章在分析我国现行诉讼证明责任制度的基础上，针对我国诉讼证明责任制度的不完善之处，提出了实施建议：一是应当通过立法确认证明责任裁判制度，切实保障证明责任裁判的既判力；二是分配证明责任应建立统一的法定规则，切实增强制定法的可操作性；三是建议确立检察机关在刑事诉讼中的侦查指挥地位。

关键词：证明责任 证明责任裁判 证明责任分配 证据制度

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

引 言	1
第一章 证明责任概述	4
一、证明责任概念的由来	4
二、主观证明责任与客观证明责任	4
三、抽象证明责任与具体证明责任	10
四、提供证据责任与说服责任	12
五、本证证明责任与反证证明责任	13
六、相关概念	14
（一）主张、主张责任与证明对象	14
（二）证明评价与证明标准	15
（三）法律推定、事实推定与表见证明	15
第二章 证明责任裁判	17
一、真伪不明的含义、产生原因及成立要件	17
二、克服真伪不明的方法——证明责任裁判	19
三、按照证明责任规范裁判	20
第三章 证明责任分配	22
一、大陆法系证明责任分配理论	22
（一）德国	22
（二）日本	28
二、英美法系证明责任分配理论	28
第四章 我国诉讼证明责任制度的现状	31
一、诉讼证明责任制度的现状分析	31
（一）刑事诉讼中证明责任制度的现状	31

(二) 民事诉讼中证明责任制度的现状	35
(三) 行政诉讼中证明责任制度的现状	37
二、现行诉讼证明责任制度存在的问题	39
三、典型案例评析	40
第五章 我国诉讼证明责任制度的完善	47
一、通过立法确认证明责任裁判制度	47
二、建立统一的法定规则以合理分配举证责任	49
三、建议确立检察机关在刑事诉讼中的侦查指挥地位	51
结 语	53
主要参考文献	55
后 记	59

引 言

司法工作的任务基本上就是如何将抽象的法律规则适用于具体的案件之中，其适用法律的过程体现在逻辑上就是演绎推理的过程。其中，抽象的法律规则构成推理的大前提，而推理的小前提就是具体的案件事实。这里的案件事实应当具有两个特征：一是真实，二是有用。有用是指被认定的案件事实具有法律意义，符合法律规则的适用条件；真实是指被认定的案件事实经证据评价被认为是曾经存在的事实。前者是法律评价问题，后者是事实评价问题。这两个问题既是法律适用的核心内容，又往往是诉讼中案件争议的焦点所在。对法律问题怀有疑问，司法人员可以通过对法律的合理解释，使抽象的法律规则能与具体的案件事实相耦合。而如果对于事实问题怀有疑问，即对所认定的案件事实既无法确认其是存在的，同时也无法确定其是不存在的，那么，司法人员就应当对摆在他面前的案件事实做“去伪存真”的工作，以确保作为司法推理小前提的案件事实均是“真实”的。然而，司法人员又应当依据什么取舍事实，才能确保对案件做出公正的判断？这正是证明责任所要解决的问题。当案件事实出现真伪不明时，司法人员按照“一定的规则”将案件事实无法求证的诉讼风险分配给诉讼当事人，并根据分配结果采用“一定的操作方法”对案件事实的进行取舍，从而使司法推理成为可能，以确保公正裁决的顺利进行。其中，“一定的规则”即证明责任分配规则，“一定的操作方法”即证明责任裁判方法。

证明责任分配规则与证明责任裁判方法构成了诉讼证明责任制度的两大内容，体现了证明责任的两大司法功能。这两大内容虽然相互独立，但也互为表里，融为一体。其中，如何按照“一定的操作方法”进行证明责任裁判？有人认为，当要件事实产生真伪不明时，直接“不适用规范”就能克服真伪不明，而没必要引入证明责任规范。实际上，在要件事实真伪不明的情况下，法官既

参见[德]莱奥·罗森贝克著：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社2002年版，第7~11页。

不能裁判适用某条法律，也不允许裁判不适用某条法律。因为无论法官作何种选择，在理论上都是违反法律适用原则的。此时法官要完成审判任务，就必须引入证明责任规范。只有结合证明责任规范的辅助，法官才能最终决定是否适用或不适用该条法律。证明责任规范在本质上属于裁判规范。作为辅助规范，它的法律后果就是对主规范的要件事实的虚拟，即按照证明责任分配的结果将主规范的要件事实虚拟为对证明责任承担者不利的结果。虚拟后（即适用证明责任规范后）将虚拟的结果（即适用证明责任规范的结果）——存在或不存在要件事实——作为主规范的事实要件部分的内容，并据此作出适用或不适用主规范的裁判。因此，证明责任裁判的实质就是对真伪不明的要件事实进行拟制，而拟制的依据就是证明责任的分配。证明责任分配不仅决定拟制的结果，而且是拟制存在的合法性根据。因为对当事人而言，证明责任分配就是一种诉讼风险分配。之所以允许拟制，是由于立法者认为承担证明责任的当事人应当分担法定的诉讼风险。可见，证明责任规范的核心内容应是证明责任分配。而按照证明责任规范裁判，从本质上说就是进行证明责任的分配。

世界各国因文化传统迥异，诉讼制度也各具特色，但诉讼证明责任制度却是各国司法实践中普遍存在的一项法律制度。可以说各国在诉讼证明责任制度上有较多的共通性，尤其在证明责任裁判方法方面。由于我国学术界对诉讼证明责任问题的研究比较粗浅，甚至对于证明责任的一些基本概念也未完全厘清，更较少深入证明责任裁判机制及证明责任分配规则等领域进行研究；而实务界对证明责任的概念和功能也存在严重误解，在新中国成立后长达 30 余年的时间里，有关刑事诉讼、民事诉讼等程序法中对于证明责任问题的立法也相当滞后，已无法适应司法实践发展的需要。现阶段，我国社会正处于转型期，社会矛盾大量积聚，急需通过诉讼方式予以及时化解。而现有的诉讼模式对不断涌现的新领域的刑事犯罪、民事纠纷及行政诉讼所带来的诉讼风险又应对无策，常常造成案件久拖不决，使积聚的社会矛盾无法得以及时疏解。因此，在进一步澄

参见魏晓娜、吴宏耀著：《诉讼证明原理》，法律出版社 2002 年版，第 384 页。

清证明责任概念的基础上，深入研究证明责任裁判机制及证明责任分配规则，并立足于我国的法律传统和司法现状，大胆借鉴先进国家的相关制度，完善我国诉讼证明责任制度，对于推进我国司法的公平正义，维护社会稳定和促进发展具有十分重要的意义。

第一章 证明责任概述

一、证明责任概念的由来

论及词源,“证明责任”一词实为外来语。我国古汉语中并不存在“证明责任”一词。它本是德国法中的一个概念,德语写作“Beweislast”。其中“Beweis”意指“证明”、“last”具有“责任”、“负担”和“义务”等含义。但习惯上,我国诉讼法学界及司法界仍以“举证责任”来表达证明责任的概念。“举证责任”这一术语是清末从日本传入我国的。日本学者通常将德语的“Beweislast”译作“举证责任”、“立证责任”。当时,我国学者就沿用日语的“举证责任”作为“Beweislast”的汉译。但“举证责任”一词从字面上看语义偏窄,易造成误读。一般人往往从字面理解“举证”即“举出或提出证据”,误为“Beweislast”(证明责任)一词仅指提出证据的责任,从而遗漏了它更重要、更核心的涵义。实际上,“Beweislast”(证明责任)一词有双重含义:一是指当事人在具体诉讼中为免遭败诉危险而向法院提供证据的必要性;这种含义学界通称为形式上的证明责任,或主观的证明责任或提出证据的责任;二是指诉讼活动终了时,当事人因对其有利的要件事实没有得到证明而要败诉的法律后果。这种含义学界通称为实质上的证明责任,客观的证明责任,以及确定的责任。上述两个含义中,后者更显重要。作为客观证明责任,它存在于任何诉讼模式中,具有普遍性,是证明责任研究的核心问题。但是,我国司法界把证明责任仅看作是提供证据责任的传统观念依然根深蒂固,客观证明责任作为证明责任概念本质和核心的地位仍然没有得到正确的认识。

二、主观证明责任与客观证明责任

证明责任的观念罗马法时代就已存在。但直到 19 世纪末,奥地利法学家威

利 (Wehli) 与阿得拉 (Adler) 提出客观证明责任的概念后,法学界才开始将证明责任区分为主观证明责任和客观证明责任两个概念。

法学概念的发展往往与司法制度的变迁相关。罗马法时代正是神示证据制度的全盛时期。当时,人们对证据证明力的判断主要依靠神的启示。由于“神是万能的”,判断的结果不外乎“被证明”或者“被反驳”两种,不可能存在“真伪不明”的情况。因此,罗马法中证明责任总的概念就是“谁主张,谁举证”。具体体现为两条原则:一是原告有举证之义务,原告不尽证明责任时,应为被告胜诉之裁判。二是为主张之人有证明义务,为否定之人则无。这两条原则实际上规定的是诉讼当事人在法庭上的举证行为,强调的是当事人为了避免败诉而负有的以自己的举证活动证明该事实的责任,即主观证明责任。当时,它解决的仅仅是在诉讼中法官应该命令哪一方当事人举证的问题。罗马法时代后,欧洲大陆盛行法定证据制度。它以法定的证明力规则取代了神明裁判,这是历史的进步。但是按照既定的法条比较证据的证明力,所带来的判断事实的结果也不外乎“被证明”或者“被反驳”两种,仍不可能存在“真伪不明”的情况。因此,在从罗马法时代起,一直到 19 世纪末的漫长历史时期内,主观证明责任的观念在证明责任的理论中一直占据着支配地位。随着 19 世纪拿破仑诸法典的传播,欧洲各国纷纷摒弃法定证据制度,逐渐确立自由心证制度。自由心证制度以法律形式肯定了人在判断事实中的主体地位,这是从罗马法时代的神示证据制度以来的第一次。从此,事实认定者不再是虚幻的神,也不再是既定的法条,而是有着自由意志的陪审员或者法官。在这种情况下,认定事实的结果除了“被证明”和“被反驳”外又出现了“真伪不明”。为了克服“真伪不明”,及时作出公正的裁判,司法人员开始引入一种专门应对真伪不明情形的判决规范,根据该规范的指引取舍争议事实,从而导致当事人之间诉讼上的风险分配。从当事人角度看这种风险分配,它似乎意味着一种责任:在诉讼中,当事人为

参见[德]汉斯·普维庭著:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社 2000 年版,第 11 页。
骆永家著:《民事证明责任论》,台湾商务印书馆 1985 年版,第 69 页。

实现自己的主张、避免不利于己的风险分配，就不得不竭力举证。然而，在实际诉讼中，当事人的竭力举证行为既不能避免真伪不明的发生也不能避免于己不利的风险分配。相反，有时候当事人没有进行举证，而由于对方当事人的自认（在辩论主义的诉讼中）或法官依职权的查明（在职权主义的诉讼中），也未必就发生真伪不明而带来不利于己的诉讼结果。当事人诉讼中的举证行为与不利的诉讼结果之间没有必然的联系。当事人之间在不利的诉讼结果上的风险分配实际取决于实体法的规定。它是一种诉讼前既定的风险分配，并不受诉讼中当事人主张与否、举证与否等主观因素的影响。因此，这是一种客观的证明责任。研究表明，当事人主观上的证明责任不过是客观证明责任在诉讼中的投影。主观证明责任实为一种行为责任。它仅是证明责任概念的一个侧面。而证明责任概念的本质正在于客观的证明责任。

当然，我们不能以此就否认主观证明责任的存在意义。在辩论主义或者带有辩论主义色彩的诉讼中，主观证明责任仍有其生存的空间。因为在这种诉讼中，作为判决基础的事实应当由当事人提出主张并且要提供证据证明，否则没有举证，主张就无法被纳入诉讼；而缺少主张，诉讼也无法进展。而且，主观证明责任概念在很多国家的法律条文中都有直接体现，具有独立的程序功能。比如，日本民事诉讼法第 224 条第 4 款和我国台湾地区“民事诉讼法”第 265 条关于法院行使释明权促使当事人举证的规定，以及德国民事诉讼法第 597 条第 2 项关于在书证程序中，原告必须用法定的证明手段对其主张进行有效的证明，否则将驳回起诉的规定等等。

主观证明责任可以分为抽象的主观证明责任与具体的主观证明责任。在很多时候，人们谈及主观证明责任往往容易忘记抽象的和具体的主观证明责任之间的差异，以致产生不应有的误解。抽象的主观证明责任独立于具体的诉讼活动而存在。它强调根据法律对某个要件事实的抽象规定，当事人为了避免败诉，总体上应负有对该要件事实提供证明的责任。抽象的主观证明责任相对于具体

魏晓娜、吴宏耀著，前引书，第 315～316 页。

的主观证明责任而言,它永远不会随具体的诉讼活动的变化而改变责任承担者。因为,抽象的主观证明责任的责任承担者是由实体法律预先规定的,无论何时都与客观的证明责任承担者相一致。而具体的主观证明责任会随着诉讼活动的进展,在相关当事人之间不停地转移。转移的根据取决于法官的证明评价。由于法官认为一方当事人举证证明的程度已达到法律所要求的证明标准,于是该方当事人具体的举证责任就已卸除,并转移给相对方的当事人。现试举一例说明:在一起借款纠纷案中,原告一方持借据举证存在借款事实,被告一方持收据举证已还欠款。法官进行证明评价后认为,被告提供的收据上的签名不是原告本人的姓名,虽然被告陈述原告当时签的是其绰号,但是原告不予认可,因此无法根据被告提供的收据确认还款事实的存在。由于法官认为被告举证没有达到法律所要求的证明标准,举证责任仍应由被告承担而不发生转移;后被告提供了原告写收据时在场的两个见证人到庭作证,一致证实该收据确系原告所写,使法官确信存在还款事实,于是被告一方的具体的举证责任因此卸除。此时举证责任就转移到原告一方,要求其必须继续举证,如证明被告提供的见证人中有一位系不识字的文盲或者证明该收据只是偿还前一次借款的收据而非偿还此次借款的收据等等。否则,没有举证或者法官认为举证证明的程度达不到法律要求的证明标准,该方当事人就会因为无法动摇法官业已形成的对其不利的心证(即基于收据产生的对还款事实的认可)而不得不承担对其不利的判决结果。可以简单地说,具体的主观证明责任是由法官在具体诉讼活动中根据自己的证明评价进行分配的。而抽象的主观证明责任分配的依据同于客观证明责任,是由实体法律预先设置的,在具体的诉讼中,它只是决定了应由哪一方当事人最先履行具体的主观证明责任,并不会随着诉讼的进展发生转移。

客观证明责任是与主观证明责任相对称的一个法律概念。但是,由于客观证明责任排除了主观因素,人们就无法像主观证明责任那样能够直接从字面上推断它的真实含义。正是由于客观证明责任的客观性,使其既与当事人的证明行为无关,也无法称其为当事人的一种名符其实的责任。所以,很多时候人们

很难理解客观证明责任是一个什么东西？客观证明责任与普通人从字面意义上理解的证明责任的含义相去甚远，难怪德国法学家汉斯·普维庭就曾经发出这样的感叹：“现在基本说明了证明责任的功能和真伪不明的概念，如此就不难理解，为什么选择‘证明责任’一词是如此不幸，因为客观证明责任既与‘证明（Beweis）’无关，也与‘责任（Last）’无关。”客观证明责任不仅对法官而言不是一种责任，只是一种克服真伪不明的裁判方法，而且对当事人而言也不是一种责任，而是一种法定的诉讼上的风险分配。

我们可以从下述对客观证明责任与主观证明责任的比较中进一步加深对客观证明责任的理解。

首先，从与诉讼活动的关系看，客观证明责任独立于具体的诉讼活动而存在。它不受诉讼原则的影响，无论何种诉讼模式、何种法系体制都存在客观证明责任。它对诉讼活动的影响不仅是实质性的，涉及诉讼中的举证和诉讼结果，而且具有前置性，一般表现在诉讼开始前，各方当事人就要依据客观证明责任分配的内容注意保全证据、避免将来发生证明困难，或者在决定起诉前就根据证明责任分配的内容将诉讼风险问题纳入考虑，较准确地预测诉讼结果，从而能够综合比较各种纠纷解决方式的利弊，以利于纠纷的解决。主观证明责任只存在于具有辩论主义因素的诉讼中，而不存在于职权探知主义原则的诉讼中。因为在严格的职权探知主义原则之下，当事人的举证责任已被法官的审理义务所覆盖，当事人诉讼中的举证行为不过是协助行为，当事人并不会因其没有举证或举证不力而承担诉讼上的不利益。相反，当事人还可以法官未尽审理义务（如对应当调取的证据不予调取）的情形作为上诉、申请抗诉的理由。

其次，从责任分配的依据看，客观证明责任的分配依据的是实体法律规范，因为任何一项请求权的构成要件均由实体法律加以规定。至于实体法律为什么要这样规定，涉及的是证明责任分配的立法动机、宗旨等，一般认为属于证明

〔德〕汉斯·普维庭著，前引书，第26页。

参见陈朴生著：《刑事证据法》，台湾三民书局1980年版，第591页。

Degree papers are in the “[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)”. Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库